

## 論文概要書

関 哲夫『住居侵入罪の研究』(平成7年3月)

## 第1章 序論

1 法益概念と危険概念 近時、学説において、危険概念の議論がさかんである。この危険概念をめぐる議論は、結局のところ、各構成要件の保護する法益に対する当該行為の接近度・切迫度を問題にするものであり、したがって、その議論の定位点として、法益概念の存在を確認し検討することが前提となる。

2 法益概念の相対化 法益概念は、危険概念の定位点としてだけでなく、一般に、違法性の有無・程度や犯罪の個数、その他、犯罪の編別、犯罪行為の分類などの面でも重要な機能を営んでいるのであるが、しかし、こうした法益概念の実質的機能を浸食するように、いわゆる法益概念の相対化が進行していることにも目を向ける必要がある。

3 本書の課題 本書は、法益概念の内容・地位の相対化を回避するためには、法益概念をどのように構成したらよいのかを、住居侵入罪を素材に検討するものである。それは、刑法典の同一の章の下同じ条文の中に規定された犯罪であっても、行為の客体に応じてその保護法益が異なる場合があると考え、客体に応じて保護法益を個別化し多元化する「多元的アプローチによる多元的保護法益論」の考え方を、住居侵入罪を素材に具体的に検討する作業である。この考え方は、現在の学説においても既に意識的・無意識的に採用されているのであり、別に特異とすべき見解ではない。

## 第2章 ドイツの学説状況

1 総説 住居侵入罪の保護法益に関するドイツの学説は、保護法益を単一のものとして把握する一元説と、保護領域ごとに相対化する相対化説とに大別することができる。

2 一元説 公の秩序説ないし社会的利益説は、刑法典における住居侵入罪規定の配列順序、住居侵入罪の性格および住居の社会的性格を根拠にして、本罪の保護法益を公の秩序ないし社会的利益とする。しかし、現在のドイツの学説においては、既に過去の学説となっている。

個人的利益説は、刑法典における構成要件上の文言、および、訴訟条件としての告訴の要件を根拠にして、本罪の保護法益を個人的ないし私的な利益とするものであり、現在の学説において一致した見解である。個人的利益説の中の住居平穩説は、本罪の保護法益として個人的利益のうち特に住居の平穩を考える。しかし、本説のとなえる平穩概念が、主観的な意思状態から客観的な事実状態にいたるまで実に多義的であるととともに、その平穩概念が「侵入・不退去」行為の違法性の解釈に反映されていない難点がある。次に、占有説は、本罪の保護法益として個人的利益のうち特に占有権ないし占有保護権を考える。この見解には、占有要素の側面を純化して考察するも

のと、他の要素をも考慮しながら占有要素の側面を強調する2つの傾向が存在する。しかし、学説においては、権利者と一定の保護領域の間の事実的関係状況を意味する占有は、住居侵入罪の保護法益そのものというよりむしろ保護法益の源泉と考えるべきであり、本罪の保護法益は占有の保護に尽きないもっと濃密な内容の概念であるとの認識が一般的である。ドイツの学説において住居権説が通説となっているのは、正にそうした認識の反映であり、多様な要素を内包しうる概念道具として「住居権」が摘示されているのである。住居権説は、本罪の保護法益として個人的利益のうち特に住居権を考える。この説は、一般に、住居権とは「人格的自由に近似してはいるが、なお独自の性質を持った法益である」と定義するリスト氏の定式を基礎とするが、住居権の内容・要素について多様なニュアンスで解説されているのが現状である。この住居権説に対しては、次のような批判が加えられている。第1に、住居権という個人の人格に関連した独自の性質を持った総体法益は、単に純粋な立法目的を創設しているにすぎず、必然的に一般的な概念にとどまっており、住居権の法的性格を大雑把に捉えているにすぎない。そのため、住居権説は、刑法第123条の構成要件の解釈や具体的事案の解決になんらの具体的指針を提供することができない。第2に、住居権説の提示する住居権概念は、私的親密圏としての性格の強い狭義の住居には妥当するが、一般公衆の用に供された領域、つまり事務所や公の業務・交通の用に指定された遮断された構内などには妥当しない。

通説である住居権説へのこのような批判を踏まえて、最近、住居侵入罪の保護法益として「占有（＝事実上の物的・領域的支配権）」保護の利益を設定し、その利益に資しそれを強化する2つの装置として住居権の行使と物理的障壁の設置があるとする「新占有説」が主張されている。しかし、本説は、結局のところ、本罪を占有保護の利益を侵害する特別形式と考えており、本罪を財産罪とりわけ不動産侵奪罪と解する問題点を抱えているのである。

総じて、一元説は、刑法第123条に列举された保護領域のうち住居のみを念頭において構成された見解であり、「住居、事務所、囲いのある地所、および公の業務・交通の用に指定された遮断された構内」を平等に観察して保護法益を検討したものではない。これは、立法者意思に反するだけでなく、保護法益の給付能力を損なう。

3 相対化説 シャル氏は、通説である住居権説を批判的に検討し、社会学的知見を基礎にして法益概念と社会的機能概念との架橋を試みる「機能的法益概念」を主張し、注目された。氏の見解は、刑法第123条に列举された「住居」、「事務所」および「公の業務・交通の用に指定された遮断された構内」はそれぞれ社会的に異なる機能を果たしているとして、保護領域ごとの相対化の契機を看取する。このシャル氏の見解に対しては、第1に、現行刑法の解釈を逸脱した新たな立法である、第2に、立法論と解釈論を混同する考えである、第3に、法秩序を合目的的な社会的機能の面でしか捉えておらず一面的である、第4に、社会学的な実証データが欠如しており仮説の域を出ない、第5に、現実の多様な社会生活類型を単純化するため混合した類型

を捉えきれず、それへの保護を切り捨ててしまう危険があるなどの厳しい批判が加えられた。

ルドルフィ氏も、シャル氏と同じく社会学的考察方法により、通説である住居権説の提示する住居権概念の欠陥を指摘する。しかし、氏は、住居権の背後には各保護領域による相対化を正当化する実質的利益が潜んでいることを認めながらも、シャル氏と異なり、各保護領域に共通した「形式化された保護」を提示する「形式化説」を採用。ただ、なぜ住居侵入罪の構成要件が刑法的保護を形式化しているのかについて、ルドルフィ氏は明確な答えを用意していない。

さらに、アメルング氏は、シャル氏やルドルフィ氏と同じく、通説である住居権説の問題点を指摘する。そして、アメルング氏は、住居平穩の背後に存在する諸利益の濃淡という形で、各保護領域に応じた相対化を看取するのであるが、各領域に共通した形式的保護を提示し、その核心として物理的に有効な保全措置の存在を共通のメルクマールとして観念している。しかし、アメルング氏の見解は、刑法第123条に列举された領域が刑法的保護を享受している原由を説明することはできても、本罪の構成要件の解釈にとって何の給付力も提供できない。

### 第3章 日本の学説状況

#### 1 総説

住居侵入罪の保護法益に関する日本の学説は、単一の保護法益を設定する一元説、単一の保護法益を設定しながらも相対的な契機を看取して理論化しようとする相対化説、および、多元的な保護法益を探求する多元説の3つに分けることができる。

#### 2 一元説

従来、住居侵入罪の保護法益および侵入概念について検討する場合、住居（個人・家族の住居）を念頭において論述する傾向が強かった。戦前の旧住居権説、住居平安権説学説および家族的住居平穩説においてそうであったし、戦後の住居平穩説、新住居権説および総合説においてもそうした傾向が見られる。しかし、私見によれば、大槌郵便局事件の最高裁判所判決（昭和58年4月8日判決）をめぐる議論の過程で、住居侵入罪の保護法益を一元的に設定する考え方には限界があり、したがって、そこに相対化の契機をもちこまざるをえないことが明らかになったものと思われる。

まず、事實的住居平穩説の中の主観的平穩侵害説の場合、やはり住居を念頭において構成された考え方であるため、人の看守する建造物等に適用される場合には限界があり修正を余儀なくされるのであるが、いわば「主観的平穩概念」の柔軟さと曖昧さのゆえにその限界が顕在化しないし、修正の必要もないのである。

次に、事實的住居平穩説の中の客観的平穩侵害説であるが、本説は、居住者の自由な意思を軽視し、法益主体を曖昧にしているとともに、住居が事実上平穩であるべきことを外部的に強制するものであり、本罪の個人的法益に対する罪としての性格と矛盾する。他方、本説は、立入り行為が侵入にあたるかどうかについて、行為の主観的

要素と客観的要素とをあわせて考慮する総合的な考量判断をする。また、承諾意思の性格について主観説真意説を採っているために、客観的であるべき平穩侵害の判断が主観化する危険が生じており、その点に、主観的平穩侵害説の場合と同様、平穩概念の柔軟さと曖昧さが生じている。このようにして、本説にあっても、あえて相対化の契機を顕在化させる必要がないのである。

新住居権説は、プライバシー的利益の色濃い住居を念頭に置いて構成された理論であるため、それをそのまま公の営造物や社会的営造物に援用するには無理がある。言い換えれば、公の営造物や社会的営造物においては、住居におけると同様の意味での管理権者のプライバシー的な利益は観念することはできない。本説のこうした限界は、本説の論者自身によっても十分に認識されている。現に、本説の中には、保護法益は一元的に把握しながらも、一般に公開されている公共の建造物の場合には、住居権・管理権の行使が事実上・法律上の制約を受けるという「制約原理」を採用することで具体的帰結の妥当性を図ろうとする論者がいる。しかし、そうした構成は、少なくとも公共の建造物においては、もはや「誰を立ち入らせるかの自由権」を保護法益とする立場を放棄したものと解せざるを得ないし、理論的に誤解を招くだけである。また、それが実務においてどの程度有効に機能しうるのかも疑問である。

総合説は、「自由権的要素」と「支配権的要素」との総合を志向していると考えられ、一元説の限界を侵入概念の段階ではなく保護法益概念の段階で克服しようとする理論構成として注目される。しかし、総合説は、「自由権的要素」と「支配権的要素」とのいずれに重点を置くかに不明確さを残しており、逆にそうであればこそ具体的事案において柔軟な帰結をもたらすことができるのであり、保護領域に応じた保護法益の相対化を顕在化させる必要がないともいえる。

以上のように、住居侵入罪の保護法益を一元的に理解するいわゆる一元説は、具体的事案の解決の妥当性を図るために、本罪の法益を抽象的・一般的な概念として定義するか、もしくは、侵入概念に「制約原理」を導入するかしなければならない。それは一元説の限界を示すものであり、「相対化説」が主張されたのもまた必然である。

私見によれば、住居侵入罪の保護法益および侵入概念における相対的契機の理論構成として、第1に「制約原理」・「制約方法」の次元における相対化があり、既に検討した新住居権説に見られる手法である。第2に「侵入概念」の次元における相対化があり、「相対化説」に見られる手法である。そして、第3に「法益概念」の次元における相対化があり、私見の「多元的保護法益論」の手法である。

### 3 相対化説

相対化説には、大別して2つの立場が存在する。すなわち、住居平穩説からの相対化説と新住居権説からの相対化説である。

相対化説の場合、一元的な構成により本罪の保護法益を捕捉した上で、住居の場合と公共の建造物の場合とで侵入概念を相対化する手法が採られているのであるが、この相対化を正統化する根拠について十分な展開がなされていない。相対化説の中に

は、住居等の平穩概念の核心が保護領域によって異なる（熊谷直之助氏）としたり、「外的障害によって乱されない状態」という法益の存在形態が保護領域によって異なる（前野育三氏）としたり、あるいは、事実上の平穩の実質的意味内容が保護客体によって異なる（川井健次氏）としたり、また、住居権の支配権的・自由権的側面の効力が保護領域の性質により異なる（伊東研祐氏）としたりして、その相対化の手法を正統化しようとする論述が見られるが、むしろそれは、本罪の保護法益そのものが既に保護領域によって明確に異なることの証左であり、それを多元的に把握すべきことを示唆するものである。翻って、相対化説が「侵入」概念を規定する前提として、それほどに給付能力のない形式的な法益概念を設定する意味がどこにあるのかが問われなければならないであろう。問題の核心は「侵入」概念にあるのではなく、侵入概念の論理的前提としての「保護法益」概念にあるのである。換言すれば、本罪における相対的契機は、侵入概念の中にあるのではなく、まさに法益概念の中に存在するのであり、それを正面から捕捉する理論構成が望まれるのである。

## 第4章

### 1 戦前の判例

戦前の判例については、公的・社会的利益説と個人的利益説とに大別できる。前者の公的・社会的利益説については、その提示する根拠が今日必ずしも適切ではないこと、「家族生活の平穩」が家族の各成員の利益に還元できない一体的な「家族全体の利益」として提示されており、本罪の個人的利益に対する罪としての性格と調和しがたいこと、さらに、「家族生活の平穩」が「物心両面に互る家族生活の平穩」と規定されていることで、理念的な価値観をも包摂しうるものとして提示されており、本罪の保護法益の事実的性格と適合しえないことなど、問題点が多い。

他方、後者の個人的利益説は、さらに旧住居権説（家長権的住居権説）と住居平和・平穩説とに分けることができる。旧住居権説は、本罪の保護法益を住居権と解し、家長権・戸主権の観念を媒介にしてそれを家長・戸主に専属させる。これは、複数存在する居住者間の意思が矛盾する場合を調整するための理論構成としては理解できるが、それが、家父長権・戸主権という半封建的・前近代的な「家」制度的支配権の観念を前提としており、今日では採用することができない。これに対し、住居平和・平穩説は、戦後の住居平穩説へと連なる理論構成であり、新しい憲法の基本原理による洗練にも充分耐えうる考えである。

### 2 戦後の判例

次に、戦後の判例については、大別して、住居権説、住居平穩説、および平穩な利用・管理権説が存在する。住居権説は、戦前の旧住居権説の判例を用語として受け継ぐものであるが、内容的には、法の下での平等・男女の本質的平等など憲法の基本原理と調和することが要請される。その点で、名古屋高等裁判所昭和24年10月6日判決は、「住居権説—意思侵害説—主観的真意説」という考えを採用するものであり、住

居権説による新たな理論構成を提示するものとして注目される。

住居平穩説は、内容的に、戦前の住居平和・平穩説の判例を継承するものであるが、戦前のそれに比べて、理念的・観点的な要素が縮減されて事実的性格が前面にでた平穩概念となっている。ただ、居住者・管理者の意思をどのように侵入概念に反映させるかに関して、学説と同様、客観的平穩侵害説と主観的平穩侵害説の2つの傾向が存在する。

平穩な利用・管理権説に立つ判例は、住居侵入罪の保護法益を「当該建物の平穩なる利用権」としており、「総合説」に近い。

他方、住居侵入罪の保護法益に直接言及することなく侵入概念を規定し事案の処理にあたっている一連の判例は、いずれも建造物等に関するものであるが、侵入概念について意思侵害説を採用したと考えるのが理論的な一貫性を維持する評価であろうが、学説の面では主観的平穩侵害説の可能性も否定しきれない以上、保護法益の点について住居平穩説を採用しているとの理論的余地も排除しきれない。承諾意思の性格および対立の問題については、例えば大槌郵便局事件の最高裁判所判決は、主観的真意説を採用したものと考えられる。

### 3 判例の小括

判例を通覧したとき、そこに、住居侵入罪の保護法益に関し保護領域に応じた相対化ないし多元化を容認するような顕著な傾向は認められない。すなわち、例えば、本罪の保護法益について、住居については住居権説を採り、居住者の意思に反する立入りが侵入であるとする意思侵害説を採用し、建造物等については住居平穩説を採り、看守者・管理者の意思に反する立入りは通常建造物等の平穩を害するので侵入とする主観的平穩侵害説を採用したり、あるいは、あくまで建造物等における平穩を害する態様での立入りが侵入であるとする客観的平穩侵害説を採用する、というような相対化・多元化を容認する明確な傾向は判例において見られない。

## 第5章 私見——多元的保護法益論——

### 1 相対化説から多元的保護法益論へ

一元説やその修正説にしても、相対化説にしても、法益概念の「地位の相対化」・「内容の相対化」を回避するための理論構成としては充分とはいえないのであり、ここに、正に保護法益そのものを多元化して捕捉する多元的保護法益論が要請されるのである。すなわち、法益概念の相対化を回避するため、同じ刑罰法規に規定された犯罪であっても、行為の客体に応じてその保護法益を個別化し多元化することが要請されているのである。このやり方も、ある意味で法益概念を相対化する「相対化説」と言えようが、この「相対化」は、当該刑罰法規を基礎にしてそれぞれの行為客体に応じて法益を個別化する点で「相対的」なのであって、決して、法益概念そのものの内容や地位を相対化するものではない。むしろ、捕捉可能な具体的な法益概念を定立することによって、犯罪論における法益概念の給付能力を回復しようとするものであ

る。この考え方を住居侵入罪において応用するならば、刑法典の第12章のもと、同じ第130条の中に規定された犯罪であるが、行為の客体に応じてその保護法益を個別化するのである。本書では、このような見解を「多元的保護法益論」と称している。

他方で、市民社会的な自由主義時代以降における家族構造の変化は、主として親族体系における核家族の構造的自立化、すなわち、直系制家族から夫婦制家族への移行・定着と特徴づけることができる。また、家族の機能の変化は、一言でいえば、「家族が社会的労働一般の機能体制から次第に脱落していった」と特徴づけることができる。こうした家族の構造的・機能的な変化は、家族生活がいつそう私事化していること、家族がますます私的・個人的生活関係としての密度を高めていること、そして、そのような家族の生活の場である住居の有する人格的な自由領域としての性格がいつそう顕著になっていることを意味するのである。それは同時に、個人・家族の住居と他の建造物等（特に、公共的・社会的性格の強い建造物等）とが社会的にも分極化していることを意味する。それは、当然、（罪刑法定主義に反しない限り）住居侵入罪の解釈にも反映されるべきものである。

## 2 多元的保護法益論

(1) 保護領域の社会的機能 「住居を侵す罪」の章のもと、刑法第130条という同一条文に規定されているけれども、個人・家族の住居（狭義の住居）、公共営造物（官公庁の庁舎を典型とする）ないし社会的営造物（大規模営業所——デパート・百貨店など——を典型とする）は、それぞれその保護法益を異にすると解すべきである。この手法こそ、本罪における法益概念の「地位の相対化」と「内容の相対化」を回避できる唯一の方法であり、社会的現実に応じた理論構成であると考えられる。

私見のように本罪の保護領域を3つに類型化する場合、その基準が問題となる。私見によれば、それらの領域を類型化する際のメルクマールとして、「私的親密圏—社会的業務圏—公的業務圏」、「私事性—社会性—公共性」および「閉鎖性・遮断性—開放性—公開性」という要素が基本的な軸になると考える。

まず、個人・家族の住居であるが、その実態は、いわば私的親密圏としての性格ないし人格的自由領域としての性格が強い領域である。言い換えれば、個人・家族の居住領域・生活領域である住居は、多種多様な利益を包摂したいわばフライヴァシーの容器であり、その領域の支配・管理あるいは処分を居住者の自由な意思決定に委ねることが可能であり、また、そうすることに合理性がある。正に、狭義の住居は私事性・遮断性を特徴とする私的支配領域であり、その中にどのような利益が存在しているかをまったく問題にすることなく、居住者の許諾意思（自己決定）が絶対的に尊重されるべき領域であるという意味で、形式的保護が貫徹されるべき領域である。また、住居侵入罪の成立にとって現実の実害発生ないしその危険を挙証する必要がないという意味でも、形式的保護が貫徹されるべき領域なのである。

次に、公共営造物（官公庁の公務所を典型とする）であるが、官公庁の公務所は、主権者たる国民に対して公的なサービスを提供する行政主体の拠点として、一方で、

公的業務領域としての公共性を有し、他方で、一般的な立入易さを保障する一般的公開性を有する。これは、公的な業務への国民のアクセスを可能とし、国民の利用可能性と批判可能性を担保することによって、官公庁の任務・機能に対する国民の認知・検分および批判の余地を保障するものであり、もちろんその基礎には民主主義的要請が横たわっている。したがって、公共性・公開性を特徴とする公共営造物においては、狭義の住居におけると同様の意味で管理権者のプライバシー的な利益を観念することはできないのである。公共営造物は、多種多様な利益を包摂したプライバシーの容器というよりは、むしろ労働の場所ないし職務の場所として、一定の目的に資する公的な領域としての性格が強いのである。そのため、その領域の支配・管理あるいは処分を管理者の自由な意思決定に委ねることはできないのである。すなわち、官公庁などの建造物への侵入行為の当罰性は、そこで行われている業務活動などに対するマイナス効果抜きには説明することができないのである。したがって、本罪の成否をもっぱら管理者の許諾意思にかからしめることは合理的でないのである。

最後に、社会的営造物（大規模営業所——デパート・百貨店など——を典型とする）であるが、この領域は、広く一般の顧客に向けて商品交易のための社会的労働が行われる大規模経営の拠点として、一方で、私的な業務領域としての社会性を有し、他方で、この領域は、私的な意思に基づく一般的な開放性を有する。つまり、この領域は、一方で、私的所有にかかる領域である点で狭義の住居と共通するが、一般的開放性を前提として業務・職務が営まれている点で狭義の住居と異なるのである。他方で、この領域は、一般的開放性を前提として業務・職務が営まれている点で公共営造物と共通するが、私的所有にかかる領域で私的業務・職務が営まれている点で公共営造物と異なるのである。

(2) 保護領域における保護法益　かくして、住居侵入罪の保護法益は、狭義の住居の場合と公共営造物・社会的営造物の場合とで多元的に考察すべきことになる。

個人・家族の住居における保護法益は、「他人が一定の領域へ立ち入り、または滞留することを許容し、あるいは許容しないことを決定する自由」ということができる。この自由は、人格的自由に近似するものであるが、住居という居住空間と結びついた独特の自由である。また、私的な親密圏としての住居内のプライバシーの観点からすれば、この自由は一種の防御権ということもできる。それゆえ、狭義の住居につき、住居侵入罪の成否を判断するにあたっては、居住者の現実の支配・管理意思が重要なメルクマールになる。

これに対し、公共営造物の領域においては、むしろ、当該公共営造物の目的・必要性ないし機能が重要なのであり、この領域における保護法益は、「官公庁における個々の職員が、その営造物の利用目的に従って平穩かつ円滑に業務を遂行しうること」ということができる。これは、業務の平穩な遂行を中心内容とする点で「事實的平穩説」に近い。しかも、管理者・看守者が、恣意的な立入り制限・立入り禁止を行った場合、それを無視して立ち入ったとしても、実質的にはその保護法益を侵害ないし危



殆化していると考えられなければ、可罰的違法性を欠くことになる。したがって、この領域において住居侵入罪の成否を判断するにあたっては、管理者・看守者の意思は重要な判断資料にはなるが、それはあくまで1つの資料であって、管理者・看守者の意思如何によって二者択一的に侵入の存否を決すべきではないし、また、管理権者・看守権者というような形式的な意思主体に拘泥するのは相当でない。

次に、社会的営造物の領域における保護法益は、公共営造物におけると同様の内容を有しているが、性質を異にする。すなわち、この領域は私的所有にかかる領域であり、そこでは私的な業務が遂行されているので、公共営造物と異なり恣意的な立入り禁止処分等も保護される。

(3) 問題軸に関する私見　まず第1に、本罪の保護法益は何かという最も根本的な問題について、本書の立場は、個人・家族の住居の場合と公共営造物・社会的営造物とで法益を多元的に捕捉する。すなわち、個人・家族の住居における保護法益は、「他人が一定の領域へ立ち入り、または滞留することを許容し、あるいは許容しないことを決定する自由」であり、これは、人格的自由に近似するものであるが、住居という居住空間と結びついた独特の自由であるのに対し、公共営造物における保護法益は、「官公庁における個々の職員が、その営造物の利用目的に従って平穩かつ円滑に業務を遂行しうること」であり、これは、外的障害によって業務遂行が乱されることがない平穩な状態であり、その意味で、個人・家族の住居における場合よりもはるかに客観性を帯びている。そして、社会的営造物における保護法益は、公共営造物におけると同様の保護法益である。

第2に、その保護法益の帰属主体は誰であるのかという「法益主体」、および「承諾権者・許諾権者」についても、本書の立場は、個人・家族の住居の場合と公共営造物・社会的営造物の場合とで個別化して考察する。すなわち、個人・家族の住居の場合、「法益主体」および「承諾権者・許諾権者」はともにそこに居住する居住者であり、居住者が複数いる場合には、それらの居住者は原則として平等に法益主体であると同時に承諾権者・許諾権者でもあるのに対し、公共営造物・社会的営造物の場合、外的障害によって業務遂行が乱されることがない平穩な状態という法益は、「官公庁における個々の職員が、その営造物の利用目的に従って平穩かつ円滑に業務を遂行しうること」を中心内容とするが、特定の職員の職務遂行が侵害ないし危殆化されたことを直接に問題とするものではなく、広く庁舎内において業務が平穩かつ円滑に遂行される状態をもってその内容とするものである。したがって、個々の職員の利益に分解して考察することになじまないいわば総括的な法益である。その意味で、管理者・看守者というような形式的な意思主体に拘泥するのは相当でないし、承諾権者・許諾権者の意思の如何を基準にして、二者択一的に侵入の成否を決するのは適當ではないのである。

第3に、「侵入」とはどのような行為をいうのかという「侵入」概念についても、本書の立場は、個人・家族の住居の場合と公共営造物・社会的営造物の場合とで区別

して考察する。すなわち、個人・家族の住居の場合、そこでの保護法益は、「他人が住居へ立ち入り、または滞留することを許容し、あるいは許容しないことを決定する自由」である。この自由は一定の領域に対する事実的支配を前提とするものであり、この領域においては居住者・管理者の意思が絶対的である。したがって、この領域において、侵入とは居住者の意思に反して立ち入ることとする意思侵害説が妥当であると考え。これに対し、公共営造物・社会的営造物の場合、そこでの保護法益は、「外的障害によって業務遂行が乱されることがない平穏な状態」であり、「官公庁や営業所における個々の職員が、その営造物の利用目的に従って平穏かつ円滑に業務を遂行しうること」を中心内容とするので、当該領域内における職員等の平穏な業務遂行の侵害ないし危殆化という要素が重要なメルクマールになる。したがって、この領域において、侵入とは建造物等の事実上の平穏を害する態様での立入りであるとする平穏侵害説が妥当であると考え。しかも、侵入の有無は、当該立入り行為が建造物等の事実上の平穏を害するかどうかによって客観的に決せられるので、「客観的」平穏侵害説が妥当であると考え。

第4に、居住者・管理者の承諾意思のうちの承諾意思の「性格」の問題についてであるが、本書の立場においては、個人・家族の住居の場合と公共営造物・社会的営造物の場合とで居住者・管理者の承諾意思の取扱いに差異が生じることになる。個人・家族の住居の場合それは絶対的であり、公共営造物・社会的営造物の場合それは相対的である。しかしながら、承諾意思の性格そのものには違いはない。すなわち、承諾意思は真意に基づくものである必要はなく、事実上の承諾で足りるとする事実的意思説を妥当と考える。というのは、住居侵入罪は一定の保護領域に立ち入る際の行為およびその態様を問題とする犯罪であるからである。居住者・管理者の承諾意思の問題のうちの承諾意思の「対立」の問題においても、本罪の保護法益の事実的性格を顧慮することが重要である。

## 第6章 結語

以上、法益概念の内容・地位の相対化を回避するためには、法益概念をどのように構成したらよいかという問題意識を主軸に、住居侵入罪を素材に検討してきた。「住居侵入罪も、『住居』に関するかぎりでは、プライバシーを害する行為とみることもできよう。ただ、住居侵入罪には建造物や艦船侵入罪も含まれるので、この辺になると、プライバシーとは関係が薄くなってくる」という言葉を端緒とし、そして、「ひとつの刑罰法規の保護法益は一個とはかぎらず、数種類の保護法益がおなじ重要性をもって並列的に、あるいは異なる重要性をもって主従的に競合していることが少なくない」という言葉に支えられて行ってきた本書での検討も、一つの結論を得ることができた。それは、刑法典の同一の章のもと、同じ条文の中に規定された犯罪であっても、行為の客体に応じてその保護法益が異なる場合があると考え、客体に応じて保護法益を個別化し、多元化する「多元的アプローチによる多元的保護法益論」である。